

University of Groningen

Handhaving van cao's en contractsvrijheid (Deel I)

Robben, C.P.; de Valk, S.N.

Published in:

TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Robben, C. P., & de Valk, S. N. (2019). Handhaving van cao's en contractsvrijheid (Deel I). *TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2019(5), 11-17. [TRA 2019/46].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Handhaving van cao's en contractsvrijheid (Deel I)

TRA 2019/46

In FNV/Inretail komt de verhouding tussen contractsvrijheid en handhaving van cao's aan de orde. Nakoming van de cao lijkt niet tegen de wens van werknemers te kunnen worden afgedwongen. Dit is voor ons aanleiding geweest voor nader onderzoek. In deze bijdrage, die in twee delen uiteenvalt, onderzoeken wij of er mogelijkheden zijn om rechtsgeldig af te wijken van (avv-)cao's en wat dit betekent voor de rechtspositie van de cao-partijen. In deel I bespreken wij de gevolgen van een afstandsverklaring door de werknemer. In deel II (TRA 2019/55) gaan wij in op het aangaan van een vaststellingsovereenkomst of van een nieuwe/aangepaste cao.

1. Inleiding

In de arresten *Blue Taxi* uit 2017 en *FNV/Inretail* uit 2018 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een handhavingsstichting respectievelijk een cao-partij een eigen belang heeft bij alsmede recht heeft op nakoming van de cao.² Voor het instellen van zo'n vordering is niet vereist dat er werknemers zijn die zich hebben verzet of bezwaar hebben gemaakt tegen de handelwijze van de werkgever. Op zichzelf is dit niet opzienbarend; er wordt herhaald wat in eerdere arresten al eens is overwogen.³ Beide arresten zijn echter minder duidelijk over de gevolgen van de wens van de werknemers om geen aanspraak te maken op nakoming van de cao in de verhouding tot de werkgever. Het lijkt erop dat in dat geval nakoming niet tegen de wil van werknemers kan worden afgedwongen, ook niet door de handhavingsstichting respectievelijk de vakbond als cao-partij. Zo heeft de Hoge Raad in *FNV/Inretail* overwogen dat uit *CNV/Pennwalt* (slechts) volgt dat een eventuele toewijzing van de nakomingsvordering (van de vakbond) alleen betrekking kan hebben op de nakoming van een verplichting van een werkgever jegens werknemers die daarop aanspraak kunnen en willen maken, wat tot uitdrukking gebracht dient te worden in het dictum van de uitspraak indien daarin een werkgever wordt veroordeeld tot het verrichten van een prestatie jegens zijn werknemers. En in het *Blue Taxi*-arrest lijkt de Hoge Raad de mogelijkheid open te laten dat werknemers door mid-

del van het sluiten van een vaststellingsovereenkomst hun rechten uit de toepasselijke cao rechtsgeldig zouden kunnen prijsgeven. Hoe valt dit alles te rijmen met het dwingende karakter van de cao en het feit dat de cao van een hogere orde is dan de individuele arbeidsovereenkomst?⁴ Hierover bestaat onduidelijkheid: in de literatuur en rechtspraak wordt verschillend over deze problematiek gedacht en geoordeeld.⁵ Voornoemde arresten zijn daarom voor ons aanleiding om de (individuele) contractsvrijheid in relatie tot de werking en handhaving van de cao aan een nadere beschouwing te onderwerpen. De centrale vraag van deze bijdrage, die in twee delen uiteenvalt, is of er mogelijkheden zijn voor werknemers en/of werkgevers om rechtsgeldig af te wijken van (avv-)cao's en zo ja, wat dit betekent voor de rechtspositie van de cao-partijen.

In het eerste deel behandelen we de volgende vragen: Is het mogelijk dat een werknemer afstand doet van aanspraken die uit de cao voortvloeien? Wat is de invloed van zo'n afstand(verklaring) op de mogelijkheden tot handhaving van de cao? Maakt het daarbij verschil of sprake is van een gebonden dan wel ongebonden werknemer en of er sprake is van een gewone cao dan wel een algemeen verbindend verklaarde cao? Wij doen dit aan de hand van de wet(sgeschiedenis), relevante rechtspraak en literatuur. Om deze vragen te kunnen beantwoorden, is het van belang eerst kort in kaart te brengen welke bindingen de (avv-)cao schept en welke mogelijkheden tot handhaving van de cao er in het algemeen zijn. Deel I sluiten wij af met een tussenconclusie. Vervolgens gaan we in deel II in op de vraag of er mogelijkheden zijn om door middel van een vaststellingsovereenkomst tussen werkgever en werknemer dan wel (vaststellers)overeenkomst met vakbond(en) ten nadele van werknemers af te wijken van de cao-arbeidsvoorwaarden. Wij sluiten deel II af met een antwoord op de centrale vraag.

2. Werking, binding en handhaving van de (avv-)cao: een korte schets⁶

Een cao is een overeenkomst tussen enerzijds één of meer vakbonden en anderzijds één of meer individuele werkge-

1 Mr. dr. C.P. (Petra) Robben en mr. dr. S.N. (Simone) de Valk. Zij zijn beiden werkzaam als Universitair Docent Arbeidsrecht aan de RuG.
2 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19, JAR 2017/36, m.nt. J.J. de Laat, JIN 2017/36, m.nt. G.G. Boeve, JIN 2017/68, m.nt. A.W.A. Kap-Knippels, de annotatie van F.M. Dekker in TRA 2017/31 en de annotatie van A.F. Bungener en A. van Zanten-Baris in ArA 2017/3 (*Blue Taxi*) en HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, JAR 2018/184, m.nt. A. Stege (*FNV/Inretail*). Zie voor een algemeen verbindend verklaarde cao in dezelfde zin: Ktr. Utrecht 23 december 1998, ECLI:NL:KTGUTR:1998:AG2493, JAR 1999/36 (*Thuiszorg*).
3 HR 19 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD3749, NJ 1988/70, m.nt. P.A. Stein (*Antillenzaak*), HR 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532, JAR 1998/39, NJ 1998/403, m.nt. T. Koopmans (*CNV/Pennwalt*) en HR 5 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2841, NJ 1999/307 (*FNV/Dateln* c.s.).

4 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 3, p. 6 en *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 4, p. 20.

5 Zie voor de rechtspraak onder meer Ktr. Zwolle 4 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:971, r.o. 4.6 en 4.7, Ktr. Utrecht 11 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6600 (*FNV Bondgenoten/X*), r.o. 3.4, Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:512 (*Taxi Blue*), slot r.o. 4.2 en Ktr. Zutphen 5 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3601 (*FNV/X c.s.*) en voor opvattingen in de literatuur onder meer Verhulp & Jansen, in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer (hierna: *Arbeidsovereenkomst*), art. 12 Wet CAO, aant. 7 en P. Tanja, 'Over vaststellingsovereenkomsten in strijd met dwingend recht', *Bb* 2017/45. Zie verder M.H.H. Kraamwinkel, 'De rol van vakbonden bij handhaving van cao's', *SMA* 2000 (hierna: *Kraamwinkel* 2000), p. 26.

6 In deze paragraaf stippen wij slechts de voor ons onderwerp meest relevante onderdelen van het cao-recht aan. Zie voor een uitgebreid(er) overzicht o.a. A.T. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (hierna: *Jacobs* 2017), hoofdstukken 4-6.

ver(s) en/of werkgeversvereniging(en) 'waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen', zo bepaalt art. 1 Wet CAO. Uit deze omschrijving blijkt dat de cao ertoe strekt (ook) werking te hebben voor anderen dan de partijen bij de cao. De cao heeft een tweeslachtig karakter.⁷ Enerzijds is sprake van een gewone overeenkomst tussen de partijen die de cao hebben gesloten. Anderzijds heeft de cao trekken van een wet, doordat de in de cao geregelde arbeidsvoorwaarden, ook wel normatieve cao-bepalingen genoemd, doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten van aan die cao gebonden werkgevers en werknemers. Die individuele arbeidsovereenkomsten worden met andere woorden door de cao gemodelleerd.⁸ Die doorwerking is geregeld in de artikelen 12 en 13 Wet CAO. Als de individuele arbeidsovereenkomst een bepaalde kwestie ongeregeld laat, wordt deze automatisch aangevuld door hetgeen daarover in de cao is bepaald, zo volgt uit art. 13 Wet CAO. Art. 12 Wet CAO is een voorbeeld van wettelijke conversie: het eerste lid van dat artikel bepaalt dat elk beding dat strijdig is met de cao van rechtswege nietig is en wordt vervangen door de cao-bepaling.⁹ De Hoge Raad legt 'elk beding' zo uit dat een zogenoemde pakketvergelijking niet is toegestaan.¹⁰ Bij de beantwoording van de vraag of een beding nietig is, speelt de tekst van de cao een belangrijke rol.¹¹ betreft het een standaard cao(-bepaling) dan is afwijking in de arbeidsovereenkomst onmogelijk, betreft het een minimum cao(-bepaling) dan is afwijking ten nadele van de werknemer niet toegestaan. De cao gaat aldus boven de individuele arbeidsovereenkomst en bepaalt de inhoud ervan.¹² De rechtsgevolgen van de Wet CAO – en dus ook de normerende werking – treden volgens vaste rechtspraak overigens pas inwerking als de cao is aangemeld conform art. 4 lid 3 Wet LV.¹³

De normerende werking geldt alleen als werkgever en werknemer *allebei* aan de cao zijn gebonden. Art. 9 lid 1

Wet CAO bepaalt dat *allen* die gedurende de looptijd van de cao lid zijn of worden van één van de cao-partijen en bij die cao 'betrokken' zijn, d.w.z. onder de werkingssfeer vallen, door de cao zijn gebonden. Die binding bestaat op grond van art. 9 lid 2 Wet CAO niet alleen ten opzichte van de eigen vereniging maar ook – kruislings – ten opzichte van alle andere cao-partijen.¹⁴ De Hoge Raad heeft dit "*bijzonder(e) stelsel van onderlinge bindingen*" in het arrest *Antillenzaak* beschreven en geoordeeld dat dit stelsel "*mede (strekt) ter betere verzekering van de naleving van de door een CAO gecreëerde arbeidsvoorwaarden*".¹⁵ Deze verschillende bindingen tussen de cao-partijen en hun leden leiden tot verschillende handhavingsmogelijkheden, waarvan hierna de voor ons onderwerp meest relevante mogelijkheden aan bod komen.¹⁶ Wij zoomen in op de handhaving van het normatieve deel van de cao, dat wil zeggen de arbeidsvoorwaarden die bedoeld zijn om werking te hebben in de individuele arbeidsovereenkomsten van aan de cao gebonden werkgevers en werknemers.¹⁷

Zo hebben de cao-partijen handhavingsacties jegens elkaar als leden van één van hen de arbeidsvoorwaardenbepalingen uit de cao niet naleven. Zij ontnemen de bevoegdheid om nakoming te vorderen, aan de beïnvloedingsplicht van art. 8 en aan art. 9 lid 2 Wet CAO.¹⁸ Zij hebben deze bevoegdheid ook als de looptijd van de cao inmiddels is verstreken maar nog nawerkt omdat er nog geen nieuwe cao van kracht is.¹⁹

Art. 9 lid 2 Wet CAO ziet voorts op de – kruislingse – verhouding van een cao-partij met de leden van de andere cao-partij(en). Het bepaalt dat de leden van een cao-partij in de positie komen alsof zij zelf de cao gesloten hebben en dat zij de cao-bepalingen te goeder trouw dienen na te komen. Deze verplichting hebben zij jegens 'elk der partijen bij de cao'. Een vakbond kan op basis van dit artikel als contractspartij uit *eigen* hoofde nakoming van de gebonden werkgever vorderen,²⁰ wat betekent dat hij niet 'namens iedere werknemer' ageert, maar zijn eigen belang bij naleving van

7 Jacobs 2017, p. 98 met in noot 20 verdere verwijzingen naar oudere literatuur hieromtrent.

8 Dit geldt zelfs als de looptijd van de cao al is verstreken en de betrokken werkgever en werknemer nog niet anders zijn overeengekomen: HR 19 juni 1987, NJ 1988/70, (*Antillenzaak*). Uit HR 8 april 2011, JAR 2011/135, m.nt. De Laat (*ABVAKABO/Unieke Kinderopvang*) volgt dat een na afloop van de cao gesloten nieuwe minimum-cao niet aan de nawerking van de oude cao-bepalingen in de weg staat.

9 M.M. Olbers, 'Het normatieve deel der c.a.o. en zijn handhaving', SMA 1979, p. 616-617.

10 HR 14 januari 2000, JAR 2000/43, NJ 2000/273, m.nt. J. Hijma (*Boonen/Quicken*) en HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2623, JAR 2009/130, NJ 2009/205 (*Teunissen/Welter*).

11 De cao(bepaling) wordt uitgelegd met behulp van de CAO-norm. Zie bijvoorbeeld HR 25 november 2016, JAR 2016/303, m.nt. R.L. van Heusden (*FNV/Condor*) en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, JAR 2018/147, m.nt. E.J.A. Franssen.

12 *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 3, p. 6 en *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 4, p. 20. W.J.P.M. Fase, C.A.O.-recht, schets van het recht met betrekking tot c.a.o.'s, verbindendverklaring van bepalingen ervan en aanverwante regelingen, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982 (hierna: Fase 1982), p. 53.

13 Zie o.a. HR 13 april 2001, JAR 2001/82 (*Duzgun*). Zie voorts Hof Arnhem 1 november 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU8695, JAR 2005/284, JIN 2006/47, m.nt. C.J. Loonstra (*FNV Bondgenoten/Campina*) over de gevolgen in geval geen sprake is van een correcte aanmelding.

14 *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 3, p. 6.

15 HR 19 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD3749, NJ 1988/70, m.nt. P.A. Stein (*Antillenzaak*).

16 Voor meer informatie zie o.a. Jacobs 2017, paragraaf 5.6.3. Wij beperken ons tot de handhavingsinstrumenten die de Wet CAO biedt en gaan daarom niet uitgebreid en apart in op de mogelijkheden van art. 3:305a BW en art. 2:46 BW.

17 Zie voor de handhaving van cao-bepalingen die wel een horizontaal karakter hebben maar geen arbeidsvoorwaarden zijn, zoals vormvoorschriften, o.a. W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004 (hierna: Fase & Van Drongelen 2004), p. 119-122 en J. van Drongelen, *Collectief arbeidsrecht* (Deel 4), Zutphen: Uitgeverij Paris 2012, p. 337-339.

18 HR 19 juni 1987, NJ 1988/70 (*Antillenzaak*). Zie ook HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, JAR 2018/184, r.o. 3.4, m.nt. A. Stege (*FNV/Inretail*). Zie voorts *Kamerstukken II* 2016/27, 166, 4, p. 22. Volgens M.M. Olbers, 'Handhaving van de cao', SMA 1988 (hierna: Olbers 1988), p. 215, wordt dan nakoming van de beïnvloedingsplicht gevorderd.

19 HR 19 juni 1987, NJ 1988/70 (*Antillenzaak*).

20 De vorderingsrechten uit art. 9 lid 2 Wet CAO verjaren doorgaans vijf jaar nadat de vorderingen opeisbaar zijn geworden (3:307 BW). Rechtsverwerking kan meebrengen dat een beroep op dat artikel eerder verloren gaat: HR 29 september 1995, NJ 1996/89, AA 1996, p. 444-449, m.nt. Jac. Hijma (*Van den Bos/Provinciaal*) en HR 3 september 1999, NJ 1999/734 (*Vrolijk & Stoop/Biesboer*).

cao-bepalingen beschermt. Voor de toewijsbaarheid van die vordering behoeft daarom niet onderzocht te worden hoeveel individuele werknemers tegen de gedragslijn van de werkgever bezwaar hebben gemaakt.²¹ Hetzelfde geldt voor de hiervoor besproken actie tot nakoming van normatieve cao-bepalingen ingesteld door een vakbond jegens een werkgeversvereniging.²² Art. 9 lid 2 Wet CAO biedt voorts de grondslag voor een actie tot nakoming van cao-bepalingen die de leden van een en dezelfde cao-partij jegens elkaar kunnen instellen.²³

In geval van schending van de cao kan een cao-partij op basis van art. 9 lid 2 Wet CAO niet alleen nakoming vorderen (met een eventuele dwangsom daaraan gekoppeld), maar ook schadevergoeding. Een specifieke regeling voor de vergoeding van schade die een cao-partij – veelal zal dit de vakbond zijn – kan vorderen van de partij met wie hij de cao heeft gesloten of van de leden van die cao-partij, is neergelegd in de artikelen 15 en 16 Wet CAO. Deze artikelen bieden niet alleen de grondslag voor het vorderen van vergoeding van haar eigen schade, kort gezegd meestal bestaand in reputatieschade,²⁴ maar tevens van schade die haar leden lijden of hebben geleden. Zonder deze wettelijke basis zou van deze laatste schade niet altijd vergoeding kunnen worden gevorderd.²⁵ Aangezien de cao-partij daarbij niet als vertegenwoordiger van haar leden ageert maar uit eigen hoofde procedeert, is zij bevoegd om schadevergoeding te vorderen óók als de schadelijdende leden 'stilzitten' of afstand van hun vorderingsrecht hebben gedaan.²⁶

Niet alleen de cao-partijen maar ook de bij de arbeidsovereenkomst betrokken partijen hebben handhavingsacties. Zoals hiervoor aangestipt, wordt de arbeidsovereenkomst tussen een gebonden werkgever en een gebonden werknemer door de werking van de artikelen 12 en 13 Wet CAO gemodelleerd: de arbeidsvoorwaarden uit de cao zijn bepalend voor de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst. Als een van hen – werkgever of werknemer – zich op art. 12 of 13 Wet CAO beroept, wordt dus in wezen naleving van de individuele arbeidsovereenkomst gevorderd. Een beroep op de nietigheid ex art. 12 Wet CAO kan dan ook in beginsel niet door rechtsverwerking verloren gaan.²⁷ De uiterste termijn waarbinnen de nietigheid kan worden ingeroepen zal de verjaringstermijn van art. 3:307 BW (vijf

jaar) zijn. Aangezien de nietigheid ex art. 12 Wet CAO een absolute is, kan iedere belanghebbende zich erop beroepen en moet de rechter het artikel ambtshalve toepassen.²⁸ In voorkomend geval kan ook een cao-partij of een derde de nietigheidssanctie inroepen, óók als de individuele werknemer geen prijs stelt op handhaving van de geschonden cao-bepaling.²⁹

De arbeidsovereenkomst die een gebonden werkgever met een *ongebonden* werknemer heeft gesloten, wordt niet automatisch en dwingend door de cao gemodelleerd.³⁰ Wel bepaalt art. 14 Wet CAO dat de gebonden werkgever verplicht is om de arbeidsvoorwaarden uit de cao ook op deze werknemer toe te passen. Schending van deze bepaling geeft de ongebonden werknemer echter geen recht op naleving van de cao.³¹ De cao-partijen en hun leden kunnen de gebonden werkgever echter wél tot naleving van de cao (art. 9 lid 2 juncto art. 14 Wet CAO) en/of schadevergoeding (art. 15/16 Wet CAO) aanspreken.³² Overigens zal de gebonden werkgever de ongebonden werknemer doorgaans contractueel aan de cao binden door het opnemen van een incorporatiebeding dan wel door feitelijke toepassing (gebruik/gewoonte) van de cao. In dat geval zijn de (geëxpireerde) cao-bepalingen, contractueel, op deze werknemer van toepassing en kan hij op grond van zijn arbeidsovereenkomst naleving vorderen dan wel tot nakoming aangesproken worden.³³

Binding aan een cao kan tot slot ook ontstaan doordat de minister op de voet van art. 2 Wet AVV arbeidsvoorwaardelijke bepalingen uit een cao (op verzoek van één of meer cao-partijen) algemeen verbindend verklaart.³⁴ Die arbeidsvoorwaardelijke bepalingen gelden dan voor alle werkgevers en werknemers in de sector/branche waarop de cao ziet, dus ook voor de ongebonden werkgevers en werknemers. De handhavingsmogelijkheden bij algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen zijn in art. 3 Wet AVV geregeld.³⁵ Zo kan een cao-partij op grond van art. 3 lid 2 Wet AVV de nietigheid inroepen van een met een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling strijdig beding. Tevens kan zij op grond van art. 3 lid 4 Wet AVV een vordering tot schadevergoeding instellen, ook als het niet op

21 HR 19 december 1997, NJ 1998/403, m.nt. T. Koopmans (CNV/Pennwalt). Zie ook HR 5 februari 1999, NJ 1999/307, r.o. 4.5 (FNV/Datelnat).

22 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, JAR 2018/184, m.nt. A. Stege (FNV/Inretail).

23 Vgl. Rb. Amsterdam 13 augustus 1998, KG 1998/245.

24 HR 2 november 1979, NJ 1980/227, m.nt. P.A. Stein (De Bruin/Vervoersbonden).

25 Zie hierover nader: *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 22. Zie ook Olbers 1988, p. 214.

26 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 7. Zie ook o.a. J. Mannoury, *De collectieve arbeidsovereenkomst* (Serie Bedrijf en Recht), Alphen aan den Rijn: Samsom N.V. 1961 (hierna: Mannoury 1961), p. 74-75; P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1956 (hierna: Kamphuisen 1956), p. 42-44; Fase 1982, p. 57-59 en Jacobs 2017, p. 151.

27 Zie o.a. Jacobs 2017, p. 100 en Fase 1982, p. 53. Vgl. Hof Den Bosch 9 december 2003, JAR 2004/98, r.o. 3.8 (Hitz/Theunissen). Anders Ktr. Amsterdam 25 juni 1937, NJ 1938/412 (Duller/Wertheim).

28 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 6. Zie o.a. ook Verhulp & Jansen, *Arbeidsovereenkomst*, art. 12 Wet CAO, aant. 2, en Fase 1982, p. 52. Zie ook HR 27 maart 1998, JAR 1998/99 (Kuypers I).

29 Voor cao-partijen is het belang gegeven, art. 12 lid 2 Wet CAO: *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 6. Zie ook Hof Arnhem 10 februari 2004, JAR 2004/49 (Aldi). Ook een vakvereniging die niet bij de cao betrokken is, kan als belanghebbende worden aangemerkt, aldus HR 27 maart 1998, JAR 1998/99 (Kuypers I). Dit oordeel is – onzes inziens terecht – bekritiseerd door A. Stege, 'De nietigheid van art. 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst', SR 1998-10 (hierna: Stege 1998), p. 298.

30 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 7 en 4, p. 21.

31 HR 7 juni 1957, NJ 1957/527 (Suk/Brittania).

32 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 6 en 7, *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 21 en Jacobs 2017, p. 111.

33 Jacobs 2017, p. 118 en 120.

34 Andere manieren waarop binding aan de cao kan ontstaan, is door overgang van onderneming en het volgen van de cao door een ongebonden werkgever. Deze mogelijkheden laten wij hier verder rusten.

35 Wij laten art. 10 Wet AVV, dat cao-partijen de mogelijkheid geeft om de Inspectie SZW te verzoeken om onderzoek te doen naar de naleving van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, buiten beschouwing.

geld waardeerbare schade betreft. Een nakomingsactie als die van art. 9 lid 2 Wet CAO is echter niet in de Wet AVV opgenomen. In de rechtspraak is evenwel aangenomen dat de cao-partijen nakoming van een werkgever kunnen vorderen van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.³⁶

3. De rechtsgeldigheid en effectiviteit van afstand of kwijtschelding

Nu wij het stelsel van bindingen en de mogelijkheden tot handhaving van het normatieve deel van de cao kort in kaart hebben gebracht, komen wij toe aan de vraag die wij in deel I willen bespreken. Is het mogelijk dat een werknemer rechtsgeldig afstand doet van cao-aanspraken dan wel de werkgever kwijting verleent van verplichtingen die uit de cao voortvloeien en zo ja, is dat dan ook effectief in die zin dat er van de zijde van cao-partijen of leden van die partijen handhaving van de cao in de individuele verhouding niet kan worden afgedwongen? De Hoge Raad heeft in *FNV/Inretail* overwogen dat de *toewijzing* van de nakomingsvordering ingesteld door een vakbond alleen betrekking kan hebben op de nakoming van een verplichting van een werkgever jegens werknemers die daarop aanspraak *kunnen en willen* maken. Die laatste clausering, die in het dictum tot uitdrukking moet worden gebracht, is een herhaling van wat hij in 1997 in *CNV/Pennwalt* reeds had beslist. In die zaak had werkgever Pennwalt in strijd met de cao, waarbij zij partij was, zonder overleg met de werknemers een productiestop tussen Kerst en Oud en Nieuw afgekondigd en daarvoor 'vrije snipperdagen' van de werknemers afgeboekt. De Hoge Raad oordeelde dat de toewijzing van de door vakbond CNV ingestelde vordering tot nakoming jegens de werkgever slechts betrekking kon hebben op "*werknemers die op die snipperdagen aanspraak wensen te maken en ook kunnen maken, hetgeen bijv. niet het geval is wanneer zij vóór de betreffende kerstperioden reeds alle snipperdagen waarop zij toen recht hadden, hadden opgenomen, wanneer zijzelf bij voorafgaand overleg hebben te kennen gegeven in de betreffende kerstperiode snipperdagen te willen opnemen of wanneer zij van hun recht op de omstreden snipperdagen bewust afstand hebben gedaan.*"³⁷ In deze drie beschreven situaties behoefde de gebonden werkgever de cao volgens de Hoge Raad niet alsnog na te leven door de afgeboekte snipperdagen bij te schrijven. Het oordeel lijkt ons correct in de eerste twee situaties, te weten als de werknemer de snipperdagen al heeft opgenomen of heeft aangegeven dat hij ze wil gaan opnemen. In de derde situatie, waarin de werknemer *bewust afstand* heeft gedaan van de snipperdagen, menen wij dat dit oordeel dient te worden genuanceerd, namelijk dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen gebonden en ongebonden werknemers. Niet helemaal duidelijk is of de Hoge Raad een bewuste afstand door een gebonden werknemer van de bijboeking van de snipperdagen rechtsgeldig acht, maar in ieder geval oordeelt hij wel dat de vakbond de werkgever niet kan dwingen tot bijboeking.

Wij menen echter dat art. 12 Wet CAO ook van toepassing is als een gebonden werknemer – al dan niet bewust – afstand doet van op basis van de cao verkregen aanspraken en/of zijn werkgever kwijting verleent van diens cao-plicht(en) en dat een vakbond hiervan – ook tegen de wens van werknemer(s) in – nakoming kan afdwingen. Wij lichten ons standpunt hieronder toe en maken daarbij een onderscheid tussen de vraag of een dergelijk afstand doen rechtsgeldig is en de vraag wat de invloed is van een (bewuste) afstand op de handhaving door een vakbond.

3.1 De rechtsgeldigheid van een afstand of kwijtschelding

Allereerst de kwestie of een werknemer bewust afstand kan doen van een uit de cao voortvloeiende aanspraak. Vooropgesteld zij, dat een ongebonden werknemer rechtsgeldig afstand kan doen. Hoewel een gebonden werkgever gehouden is om de collectief afgesproken arbeidsvoorwaarden ook jegens een ongebonden werknemer na te komen (art. 14 Wet CAO), is de laatste immers vrij om met zijn werkgever van de (geïncorporeerde of toegepaste) cao afwijkende afspraken te maken, ook als die afspraken in zijn nadeel zijn.³⁸ Indien blijkt dat de ongebonden werknemer deze afspraken wel geïnformeerd en welbewust heeft gemaakt, zijn die in zijn verhouding met de gebonden werkgever rechtsgeldig.³⁹ De nietigheidssanctie van art. 12 Wet CAO geldt niet voor de ongebonden werknemer. Dit ligt anders indien sprake is van een algemeen verbindend verklaarde cao. In dat geval worden met de cao strijdige afspraken door de nietigheid van art. 3 Wet AVV getroffen en maakt het voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van individuele afspraken niet uit of een werknemer lid is van een cao-partij of niet.

Hoe zit dit dan voor een gebonden werknemer in geval van een gewone cao? Bij de behandeling van het wetsontwerp van de Wet CAO is de geldigheid van het doen van afstand van een op basis van de cao verkregen recht kort aan de orde gesteld. Als bijvoorbeeld een deel van het overeengekomen loon met toestemming van de werknemer niet wordt uitbetaald, ontstaat voor de werknemer een actie tot bijbetaling en een afstand *daarvan* kan wellicht ook als een 'beding' in de zin van art. 12 Wet CAO worden gezien, zo valt te lezen in het Verslag:

"Doet de arbeider van het recht op bijbetaling afstand, dan ontstaat wellicht daardoor toch weer een "beding" als in de zin van dit artikel en overigens pleegt de werkgever wellicht wanpraestatie tegenover de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst, omdat hij niet te goeder trouw ten uitvoer brengt, hetgeen hij had moeten doen (art. 9, lid 2)."

De wetgever is dus voorzichtig negatief in zijn oordeel.

36 Ktr. Utrecht 23 december 1998, *JAR* 1999/36 (*Thuiszorg*).

37 HR 19 december 1997, *NJ* 1998/403, r.o. 3.6 (*CNV/Pennwalt*).

38 Stege 1998, p. 298.

39 HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/71, *TRA* 2010/50, m.nt. O. van der Kind (*Van Beek/CZ*).

De literatuur is stelliger over deze kwestie. Er is in het verleden door een enkeling verdedigd dat een (eenmalige) afstand geen strijd met art. 12 Wet CAO oplevert,⁴⁰ de meerderheid van de schrijvers neemt echter aan dat een kwijting van cao-verplichtingen of een afstandsverklaring van cao-rechten door nietigheid wordt getroffen. Dergelijke rechtshandelingen zijn in strijd met (de strekking van) art. 12 Wet CAO, aldus bijvoorbeeld Verhulp en Jansen.⁴¹ In die bepaling wordt 'elk beding' tussen een aan de cao gebonden werkgever en werknemer ook niet beperkt tot een beding in de arbeidsovereenkomst zelf.⁴² Wij voegen hieraan toe dat een dergelijk standpunt, dat rechtsgeldig afstand kan worden gedaan van de plicht om de feitelijke situatie in overeenstemming te brengen met de cao-verplichting, evenmin strookt met het automatische en dwingende karakter van de sanctie van art. 12 Wet CAO en met de hegemonie van de cao. In de wetsgeschiedenis is hierover het volgende opgemerkt:

"De nietigheid van rechtswege is de logische consequentie van de hegemonie van de c.a.⁴³ op het individuele contract. (...) Voor die allen strekken de voorschriften der c.a. tot wet, zulks in overeenstemming met art. 1374, lid 1, B.W. Twee door de c.a. gebonden personen, die een individueel contract sluiten, kunnen de collectieve regeling niet op zijde zetten, evenmin als zij de wet kunnen veranderen. Zij waren niet alleen tegenover zich zelf verplicht de c.a. in acht te nemen – van die verplichting zouden zij elkaar bij individuele overeenkomst kunnen ontslaan – doch ook tegenover de andere betrokken arbeiders en werkgevers."⁴⁴

Ook uit de jurisprudentie over art. 12 Wet CAO volgt dat een door de werknemer geaccepteerde verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden geen standhoudt als hijzelf aan de cao is gebonden. In *Boonen/Quicken* bijvoorbeeld heeft de gebonden werkgever bij aanvang van het dienstverband met zijn werknemer afgesproken dat overwerk niet conform de cao zou worden vergoed.⁴⁵ En hoewel vaststaat dat de werknemer een hoger loon ontvangt dan de cao voorschrijft en daardoor per saldo niet benadeeld wordt, acht de Hoge Raad deze afspraak in strijd met art. 12 Wet CAO. Ook met de cao strijdige afspraken die een gebonden werkgever in een ge-

wone beëindigingsovereenkomst⁴⁶ heeft gemaakt met een gebonden werknemer, zijn nietig, zelfs als zij onderdeel uitmaken van een uitruil in de onderhandelingen en er voor de werknemer een voordeel tegenover staat.⁴⁷ Sprekende voorbeelden uit de jurisprudentie van nietige afwijkingen van de cao tijdens de looptijd van het dienstverband zijn onder meer *Kuypers I*⁴⁸ en *Smead*.⁴⁹ In de eerste zaak heeft werkgever Kuypers vanwege haar penibele financiële positie haar werknemers op een personeelsvergadering laten instemmen met een lagere cao-schaal en hebben de werknemers afstand gedaan van de in de cao geregelde persoonlijke toeslag. Ook in *Smead*, waar de werkgever door algemeenverbindendverklaring aan de cao was gebonden, hebben de werknemers door middel van een enquête ingestemd met een voor hen nadelige afwijking van de cao vanwege het slechte bedrijfsresultaat van hun werkgever. In beide zaken heeft de rechter echter geoordeeld dat de afspraken nietig zijn op grond van art. 12 Wet CAO respectievelijk art. 3 Wet AVV. Maar ook goedwillende werkgevers, die hun werknemers juist ter wille zijn en hen beter behandelen dan de cao voorschrijft, kunnen met de nietigheidssanctie te maken krijgen, zo blijkt uit het vrij recente arrest *FNV/Inretail*.⁵⁰ In die zaak hadden werkgevers hun werknemers in de cao-loze periode een voorschot op de loonsverhoging gegeven die de nieuwe, nog te sluiten cao, zeer waarschijnlijk zou toekennen. Daarbij hadden de werkgevers onder meer bedongen dat zij – evenals bij vorige cao's – dit voorschot bij het ingaan van de nieuwe cao zouden mogen verrekenen met de loonsverhoging uit de cao. Daar echter in de nieuwe cao van een andere grondslag voor het berekenen van de loonsverhoging werd uitgegaan (er was nu sprake van een minimum-karakter) en de in de vorige cao's nog voorkomende bepaling – die werkgevers het recht tot verrekening gaf – expliciet was geschrapt, was het handelen van werkgevers in strijd met de nieuwe cao. Het was daarom niet meer mogelijk tijdens de looptijd van die cao de loonsverhoging te verrekenen met het toegekende voorschot, ook al was de regeling die de werkgevers troffen in feite voordeliger voor de werknemers.

We kunnen op basis van de wet(sgeschiedenis), literatuur en rechtspraak dus concluderen dat de afstand van een cao-aanspraak, zoals van bijbetaling van loon of bijboeking van snipperdagen, óók onder de reikwijdte van art. 12 Wet CAO valt. De sanctie is sterk: een gebonden werknemer die tijdens de looptijd van een cao afstand doet van zijn cao-rechten of zijn gebonden werkgever kwijting verleent

40 Mannoury 1961, p. 71-72.

41 Verhulp & Jansen, *Arbeidsovereenkomst*, art. 12 Wet CAO, aant. 7. Zie ook o.a. Kamphuisen 1956, p. 30-31; M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht. Een bundel opstellen*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1951 (hierna: Levenbach 1951), p. 144-145; Fase 1982, p. 51-53 en de annotatie van A. Stege onder HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, JAR 2018/980 (*FNV/Inretail*). Zie ook Jacobs 2017, p. 99, die stelt dat 'elk beding' in ruime zin moet worden verstaan, d.w.z. elk handelen dat strijdig is met het cao-beding.

42 Levenbach 1951, p. 144-145. Zie voor een voorbeeld waarin afspraken in een andere door de werknemer ondertekende regeling als strijdig met (de strekking van) art. 12 Wet CAO is geoordeeld: Hof Arnhem 10 februari 2004, JAR 2004/49 (*Aldi*).

43 C.a. betekent cao.

44 *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 3, p. 6.

45 HR 14 januari 2000, JAR 2000/43 (*Boonen/Quicken*). Onduidelijk is of de werknemer aan de cao gebonden is, maar partijen gaan daar blijkbaar vanuit want zij procederen op grond van art. 12 Wet CAO.

46 Of de beëindigingsovereenkomst als vaststellingsovereenkomst kwalificeert, hangt af van de feiten. Vlg. A.R. Houweling, 'Het bepaalde onbepaald-tijdscontract en de vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht', *ArA* 2015, p. 91-92. Zie hierover verder deel II.

47 Zo wordt althans betoogd door J.J.M. de Laat, 'Redelijkheid en billijkheid en de collectieve arbeidsovereenkomst', *SR* 2002 (hierna: De Laat 2002), p. 67 en enigszins voorzichtiger A.F. Bungener & A. van Zanten-Baris, 'Blue Taxi-arrest: de beperkte zekerheid van de vaststellingsovereenkomst bij vorderingen van derden', *ArA* 2017/03, p. 37.

48 HR 27 maart 1998, JAR 1998/99 (*Kuypers I*).

49 Rb. Groningen 6 augustus 2004, JAR 2004/198 (*CNV/Smead*).

50 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, JAR 2018/184, m.nt. A. Stege (*FNV/Inretail*).

van diens cao-plichten, kan zich later (alsnog) op de nietigheid van die afspraak beroepen. De werknemer handelt dan niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid door een beroep te doen op art. 12 Wet CAO, aldus De Laat.⁵¹ Een gebonden werknemer kan tijdens de looptijd van de cao evenmin afstand doen van een cao-aanspraak onder de voorwaarde dat die afstand pas ingaat ná het verstrijken van de looptijd, zo blijkt uit *Kuypers II*.⁵² Maar ook in de cao-loze periode is voorzichtigheid geboden bij het maken van individuele afspraken die afwijken van de vorige cao. Dergelijke afspraken kunnen namelijk later alsnog nietig blijken te zijn, als een opvolgende cao waaraan terugwerkende kracht wordt verleend, dergelijke afspraken verbiedt.⁵³

3.2 De effectiviteit van de afstand of kwijtschelding: handhavingsmogelijkheden?

We komen nu toe aan de vraag wat het gevolg is van een bewuste afstand door een werknemer voor de handhavingsmogelijkheden van vakbonden. De Hoge Raad heeft als gezegd in *FNV/Inretail* zijn eerdere beslissing inzake *CNV/Pennwalt* herhaald, te weten dat de toewijzing van de nakomingsvordering van de vakbond – kort gezegd – niet tegen de wens van de werknemer geëffectueerd kan worden. Ook A-G De Bock wijst er in haar conclusie voor *FNV/Inretail* op dat een vakbond door het instellen van een vordering tot nakoming van de cao niet kan bewerkstelligen dat een werknemer iets wordt opgedragen waarop hij geen prijs stelt.⁵⁴ Maar ook hier is onzes inziens relevant of de betreffende werknemer aan de cao is gebonden. Het oordeel is juist als bewust afstand door een *ongebonden* werknemer is gedaan. In de individuele verhouding is die afstand – als het om een gewone cao gaat – immers rechtsgeldig. Er is dan géén vordering tot nakoming in die verhouding. Wél kan een cao-partij in dat geval op grond van art. 14 Wet CAO jegens de werkgever een vordering tot schadevergoeding ex art. 15/16 Wet CAO instellen. Ingeval de werkgever zelf de cao heeft gesloten, volgt die vordering rechtstreeks uit het algemene verbintenissenrecht; ingeval de werkgever lid is van een cao-partij is er een vordering op grond van art. 9 lid 2 Wet CAO.⁵⁵ De werkgever is immers verplicht om de arbeidsvoorwaarden uit de cao ook op ongebonden werknemers toe te passen en schendt jegens cao-partijen zijn verplichting uit art. 14 Wet CAO als hij met de ongebonden

werknemer andere afspraken maakt.⁵⁶ Het oordeel dat de wens van de *gebonden* werknemer beslissend is voor de effectuering van de door de vakbond ingestelde vordering tot nakoming van de cao, lijkt ons echter om verschillende redenen niet juist.

Zo strookt dit oordeel niet met het cao-stelsel. De cao strekt voor individuele partijen, die aan de cao zijn gebonden, tot wet.⁵⁷ De wil van de werknemer is in geval van niet-naleving van de cao niet relevant: door lid te worden van de vakbond heeft de werknemer zijn individuele contractsvrijheid overgedragen en prevaleert het collectieve contract.⁵⁸ Dat er bij handhaving in geval van niet nakoming in de individuele verhouding tussen een aan de cao gebonden werkgever en werknemer een groter belang is dat verder reikt dan de wens van individuele werknemers, heeft de Hoge Raad al in *Antillenzaak* duidelijk gemaakt. Het hof had geoordeeld dat de vakbond in eerste aanleg terecht niet-ontvankelijk was verklaard in zijn vordering tot “*naleving van normatieve cao-bepalingen met nawerking*”, omdat het hier gaat “*om de naleving van bepalingen van individuele arbeidsovereenkomsten waarover elke individuele werknemer, al of niet vakbondslid, zelf beslist*”. Volgens de Hoge Raad gaf dit oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Naleving van de cao is ook in het belang van anderen dan de individuele partijen. Cao-partijen en andere gebonden werknemers en werkgevers kunnen zich – tegen de wens van de werknemers in – op de nietigheid van dat handelen beroepen.⁵⁹

Wat blijft er over van het invoeren van nietigheid en het instellen van een vordering tot naleving van de cao als die nakoming in de individuele verhouding niet kan worden geëffectueerd? Op papier is er dan wel een zelfstandig vorderingsrecht, maar in feite wordt dit gereduceerd tot een *afgeleid* vorderingsrecht, immers via een achterdeur wordt het wapen van de vakbond beperkt tot kort gezegd de wens van de werknemer.⁶⁰ We pakken de *Kuypers*-casus erbij om te laten zien waartoe een dergelijke redenering kan leiden. Wat nu als werkgever *Kuypers* de werknemers, na de uitspraak over de nietigheid van de op de personeelsvergadering gemaakte afspraken, zou hebben gevraagd om afstand te doen van het recht op uitbetaling van de persoonlijke toeslag en van inschaling conform de cao? Een dergelijk handelen is (ook) in strijd met de cao. Met louter de schadevergoedingsactie op basis van art. 15 en 16 Wet CAO wordt niet

51 De Laat 2002, p. 67. Zie ook Verhulp & Jansen, *Arbeidsovereenkomst*, art. 12 Wet CAO, aant. 7.

52 Het oordeel van Rb. Rotterdam 14 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2838, r.o. 4.9 (*CNV en FNV/APM Terminals Rotterdam*), dat *Kuypers II* niet in de weg staat aan een dergelijke afspraak tot afstand, is onzes inziens dan ook onjuist. Zie ook Zondag & De Valk 2019 *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 101 Wet CAO art. 1, C.8.1. Anders Jacobs 2017, p. 99.

53 HR 27 maart 1998, *JAR* 1998/99 (*Kuypers I*) en HR 28 mei 1999, *JAR* 1999/131 (*Kuypers II*).

54 Zie Conclusie, ECLI:NL:PHR:2018:346, nr. 3.6 en 3.7.

55 Zie *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 4, p. 21 en Fase 1982, p. 54.

56 Zie *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 3, p. 7: “Overtreding van den regel door den werkgever maakt – in tegenstelling met het geval dat werkgever en arbeider beiden gebonden zijn – het betreffende beding van het arbeidscontract niet nietig. Terecht, daar de arbeider geheel buiten de c.a. staat. Doch de werkgever maakt zich schuldig aan schending van zijne verplichting uit de c.a. voortvloeiende en zal de gevolgen daarvan (schadevergoeding) hebben te dragen.” Zie voorts *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2088–2089.

57 Aldus ook A. Stege in zijn noot onder HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, *JAR* 2018/184 (*FNV/Inretail*).

58 Zie ook slot noot E. Loesberg onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1915, *JAR* 2015/128 (*FNV en CNV/Inretail*).

59 *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 3, p. 6–7 en 4, p. 20 en 22. Zie ook Hof Arnhem 10 februari 2004, *JAR* 2004/49, r.o. 4.2 (*Aldi*).

60 Zie Kraamwinkel 2000, p. 26, die deze vraag naar aanleiding van *CNV/Pennwalt* opwerpt.

afgedwongen dat de werkgever zijn verplichtingen jegens de werknemers nakomt. De vakbond moet met de nalevingsactie van art. 9 lid 2 Wet CAO kunnen bewerkstelligen dat werkgever en werknemer zich conform de cao gedragen, oftewel dat ook de feitelijke uitvoering conform de cao is. Kan de bond dat niet, dan kan de cao alsnog ontdoken worden. De handhaving van de cao op basis van art. 9 lid 2 juncto art. 12 Wet CAO moet er dus toe kunnen leiden dat – als nietigheid is vastgesteld – de individuele verhouding (feitelijk) conform de cao wordt 'gefatsoeneerd'.⁶¹ Nakoming van de cao impliceert met andere woorden nakoming in de *individuele verhouding* tussen werkgever en werknemer. In dit geval komt dat erop neer dat de werkgever door de rechter op vordering van de vakbond kan worden verplicht tot een prestatie jegens zijn werknemer(s), bijvoorbeeld tot een bijbetaling of bijboeking conform de cao-bepaling. Of partijen nu willen of niet. Hier ligt een belangrijk verschil met eventuele acties tot nakoming in de individuele verhouding ingesteld door een vakbond op grond van art. 3:305a BW of art. 2:46 BW, omdat de vakbond in die gevallen optreedt *namens* de werknemer(s) en dan is instemming van die werknemer(s) wél vereist. Dat geldt hier niet, immers de vakbond oefent een *eigen vorderingsrecht* uit en treedt daarbij juist niet namens de werknemer(s) op.

Wij concluderen dat het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen het *vorderingsrecht* van de vakbond op grond van art. 12 juncto art. 9 lid 2 Wet CAO en de *toewijzing* van de vordering tot nakoming jegens de werknemer die van de cao-aanspraak bewust afstand heeft gedaan, getuigt op het cao-stelsel onjuist is en bovendien kan leiden tot ontduiking van de cao.

3.3 Tussenconclusie

In *CNV/Pennwalt* en *FNV/Inretail* stelt de Hoge Raad het succes van de nakomingsvordering van de vakbond afhankelijk van de 'onderliggende arbeidsverhouding': de vakbond kan de aan de cao gebonden werkgever alleen dwingen om de normatieve cao-bepalingen na te leven als de werknemers daar aanspraak op 'kunnen en willen' maken. Betreft het een ongebonden werknemer dan is dat juist; een dergelijke werknemer heeft contractsvrijheid en kan jegens zijn werkgever afzien van op zijn arbeidsrelatie toepasselijke cao-bepalingen. Op die werkgever rust alsdan jegens die werknemer geen verplichting, waardoor de cao-partijen hem logischerwijs niet tot naleving kunnen dwingen. Wel schendt die werkgever jegens cao-partijen de verplichting uit art. 14 Wet CAO om ook in zijn verhouding met ongebonden werknemers de cao toe te passen. Dit betekent dat de werkgever jegens cao-partijen schadeplichtig is. De situatie is echter anders als werkgever en werknemer allebei aan de cao gebonden zijn. Als gevolg van de wettelijke conversie van art. 12 Wet CAO werken de normatieve cao-bepalingen door in hun individuele arbeidsovereenkomst. Zij kunnen derhalve de toepassing van normatieve cao-bepalingen niet rechtsgeldig terzijde schuiven, wat betekent dat

cao-partijen hen tot naleving kunnen dwingen. In een door een cao-partij aangespannen procedure, veelal zal dit een vakbond zijn, zal de rechter de werkgever dus tot nakoming moeten kunnen veroordelen onafhankelijk van de wil van de betreffende werknemer. Wij beseffen dat de werknemer daarmee iets opgedrongen kan krijgen waarvan hij in zijn relatie met zijn werkgever afstand heeft gedaan en dat die werkgever die prestatie alsnog zal moeten verrichten. Maar het belang van het collectief prevaleert boven het individuele belang. In *Smead* verwoordt de rechter het aldus:

“het aanvaarden van de mogelijkheid van het door een werknemer vrijwillig afstand doen van rechten die uit een CAO voortvloeien legt immers de bijl aan de wortel van het algemeen als waardevol beschouwde collectieve arbeidsrecht, althans aan de CAO als instrument.”⁶²

Naast een veroordeling tot nakoming kan de rechter de werkgever veroordelen tot het betalen van schadevergoeding, want deze laatste heeft zijn plicht om de cao te goeder trouw ten uitvoer te brengen, geschonden.

In de literatuur en lagere rechtspraak heeft – met name – *CNV/Pennwalt* tot onduidelijkheid geleid.⁶³ Rechtbank Overijssel constateert bijvoorbeeld dat een werkgever kennelijk gehouden is aan de afstandsverklaring van de individuele werknemer, ook al kan een vakbond nakoming van hem vorderen.⁶⁴ Zij zoekt de verklaring hiervoor in art. 7:902 BW, op grond waarvan bij vaststelling afgeweken kan worden van dwingend recht, zoals een cao. In deel II gaan wij in op de vraag of een gebonden werkgever inderdaad met zijn werknemers een vaststellingsovereenkomst kan sluiten waarbij laatstgenoemden met succes afstand doen van bepaalde cao-rechten of de werkgever kwijting verlenen voor bepaalde cao-plichten. Voorts gaan wij na wat dit betekent voor de positie van de cao-partijen. We komen dan tevens bij de vraag of het sluiten van een vaststellingsovereenkomst op collectief niveau met vakbond(en) of het wijzigen dan wel aangaan van een nieuwe cao voor de werkgever die ten nadele van werknemers wenst af te wijken van de lopende cao, effect sorteert.

61 Deze term is afkomstig van Fase 1982, p. 51.

62 Rb. Groningen 6 augustus 2004, JAR 2004/198 (*CNV/Smead*).

63 Zie de bronnen vermeld in noot 5.

64 Rb. Overijssel 4 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:971, r.o. 4.6.